

JURISPRUDENCIA PENAL AMBIENTAL

MARIA MARQUÈS I BANQUÉ

Profesora agregada de Derecho Penal

Universitat Rovira i Virgili

NÚRIA TORRES ROSELL

Profesora agregada Serra Húnter de Derecho Penal

Universitat Rovira i Virgili

Sumario: 1. Delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo. 2. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. 3. Delitos relativos a la protección de la flora, la fauna y los animales domésticos.

1. DELITOS RELATIVOS A LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO

En materia de delitos urbanísticos, son pocas las sentencias recaídas en el periodo de referencia de esta crónica y vuelven a incidir, mayoritariamente, en cuestiones interpretativas del artículo 319 CP que cuentan ya con una muy consolidada doctrina jurisprudencial.

Así, la SAP de Málaga (Sección 7ª, Melilla) núm. 56/2022, de 8 junio, incide en la inaplicación del error de prohibición en un supuesto del artículo 319.2 CP por ser de común conocimiento la necesidad de que las obras a ejecutar en la parcela debían cumplir ciertos requisitos y ajustarse a los términos de las autorizaciones concedidas. Como recuerda la sentencia,

“la conciencia de antijuridicidad como elemento del delito no requiere el conocimiento concreto de la norma penal que castiga el comportamiento de que se trate, ni tampoco el conocimiento de que genéricamente el hecho está castigado como delito. Es suficiente con saber a nivel profano que las

normas que regulan la convivencia social (el Derecho) prohíben el comportamiento que él realiza”.

En materia de demolición de la obra (artículo 319.3 CP), cabe citar la SAP Cádiz (Sección 1ª) núm. 134/2022, de 9 de mayo. Ante la petición de dejar sin efecto la orden de demolición sobre la base de la existencia de otras edificaciones similares en la zona, la Sala recuerda que

“es ya doctrina muy consolidada por parte de la mayoría de las Audiencias Provinciales, consagrada también por el Tribunal Supremo en varias sentencias, la relativa a la limitada posibilidad de enervación de los efectos restauradores del artículo 319.3 del Código Penal, básicamente en favor de verdaderos núcleos de población consolidados con el transcurso prolongado del tiempo, donde el uso originario que el legislador planificó para ese tipo de suelo se ha tornado irrecuperable, pero en todo caso como solución excepcional y no general, a fin de evitar una indeseada extensión de núcleos incontrolados de población”.

La Sala añade que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo,

“podrían considerarse excepciones las leves extralimitaciones urbanísticas, por ejemplo, construir invadiendo mínimamente servidumbres públicas de paso o marítimas, anexos a viviendas ya construidas de tamaño casi irrelevante respecto del tamaño de la vivienda principal, pero no la construcción ‘ex novo’ de una vivienda y del tamaño que reflejan las fotografías que se adjuntan”.

Una cuestión más novedosa a destacar de esta sentencia es la posibilidad de ordenar la demolición de la obra al autor de los hechos, a pesar de no ser éste el titular del terreno en el que se ubica la edificación ilegal.

LA SAP de Las Palmas (Sección 6ª) núm. 156/2022, de 17 de mayo, destaca por su argumentación con relación al bien jurídico protegido por el artículo 319 CP. La sentencia recoge una doctrina jurisprudencial muy consolidada que considera que el bien jurídico protegido es el valor material de ordenación del territorio entendido como la utilización racional del suelo orientado a los intereses generales o como la adecuación de su uso al interés general, partiendo de su

condición de recurso natural limitado. Sin apartarse de esta concepción del bien jurídico, aquello que resulta más novedoso en la sentencia es la argumentación que la sostiene:

“Debemos señalar que la disciplina urbanística trasciende de lo que pudiera considerarse un puro problema de construcciones y licencias a ventilar por los interesados con la Administración. En el urbanismo se encierra nada más y menos que el equilibrio de las ciudades y de los núcleos de población en general y, como el concepto de ciudad es abstracto, también incorpora el equilibrio físico y psíquico de las personas que en ellas viven: la armonía, la convivencia, las exigencias inexcusables de la ecología, de la naturaleza y del hombre, que tiene que coexistir buscando el ser humano el equilibrio mismo con el medio ambiente que le rodea y en el que vive. La humanidad, inmersa en sus exigencias respecto al modo de vivir de todos, al ‘hábitat’ de cada uno, que, sin dejar de ser titular de ese inmueble o parte de él, también afecta a todos los demás ciudadanos, ha tomado ya conciencia del problema. Todo ello exige unos planes y el sometimiento riguroso a unas normas. Con el sistema se pone en juego nuestro porvenir”.

Si bien el enfoque es marcadamente antropocéntrico, la inclusión de reflexiones de esta naturaleza en materia urbanística es significativa del abordaje explícito de la crisis ambiental por parte de los tribunales.

Esta sentencia es igualmente destacable por el exhaustivo análisis de la doctrina jurisprudencial acerca de las cuestiones interpretativas más recurrentes del artículo 319 CP (sujeto activo, error de tipo y de prohibición, concepto de “no autorizable”, demolición, prescripción), recogidas de forma reiterada en crónicas anteriores.

En el periodo cronológico que abarca esta crónica jurisprudencial, el Tribunal Supremo ha resuelto supuestos de prevaricación urbanística en, por lo menos, tres sentencias: la STS núm. 649/2022, de 27 de junio, la STS núm. 766/2022, de 15 de septiembre, y la STS núm. 705/2022, de 11 de julio, a la que nos referiremos a continuación.

En esta sentencia se desestima el recurso interpuesto por el alcalde de un Ayuntamiento de la provincia de Zamora. Según el relato de hechos probados,

ante la solicitud presentada por otros dos acusados, y absueltos en la sentencia recurrida, a la que acompañaban un proyecto elaborado por un Arquitecto, el Alcalde decidió, tras el procedimiento administrativo seguido, y pese a conocer el contenido de los informes desfavorables emitidos por los servicios Técnicos del SAM de la Diputación Provincial de Zamora (reiterado por dos veces) e igualmente tener conocimiento del informe desfavorable del Secretario del Ayuntamiento, informes que se basaban en no ser lo solicitado conforme a la legalidad urbanística, conceder la licencia urbanística pretendida para la construcción de una nave destinada a aperos de labranza sobre dos fincas propiedad de los solicitantes, calificado como suelo rústico y uso principal agrario. Con posterioridad a la concesión de la indicada licencia, e iniciada la obra autorizada, como la ejecución no se ajustaba al proyecto presentado en su día, se llegaron a iniciar diligencias penales ante el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Zamora, tras lo cual el alcalde acusado ordenó el inicio de un procedimiento para la revisión de oficio de la licencia urbanística concedida, procedimiento que, a la fecha del juicio oral, se encontraba paralizado sin haber dictado resolución que pusiera fin al mismo, y sin que conste que en el Ayuntamiento se hubiera iniciado expediente alguno para la restauración de la legalidad urbanística, la legalización de la obra ejecutada o su paralización, siendo ésta última ordenada por Auto del Juzgado de Instrucción.

El recurso planteado gira entorno a la idea que las consecuencias de los hechos no fueron graves y que, en definitiva, no revistieron la gravedad suficiente para ser objeto de sanción penal sino solamente administrativa y que no hay prueba sobre el dolo. Al respecto, el Tribunal despeja dudas sobre el asunto indicando que la ilegalidad está probada por los informes del Servicio de Asistencia a Municipios de la Diputación de Zamora. En lo que al dolo se refiere el Tribunal asume que este está suficientemente acreditado por el conocimiento de los informes y recuerda que

“el dolo consiste en el conocimiento de la ilegalidad de la decisión que adoptó y en la voluntad de acordarla. No lo elimina que el condenado pensara que la licencia podía dejarse sin efecto (si surgía algún problema o protesta por haberla dado), ya que actuar conforme a esa idea contribuye a

la banalización de la normativa urbanística, que es lo que, entre otras cosas, combate el precepto penal infringido”

Y prosigue más adelante la Sala

“el Código Penal alzaprima la importancia de la ordenación del territorio y del urbanismo, configurando los delitos que dibujan el artículo 319 y siguientes de tal Cuerpo punitivo, bajo el entendimiento de que el bien jurídico que protegen es de una importancia capital para el desenvolvimiento urbanístico, y el desarrollo sostenible del crecimiento, acorde con el más escrupuloso respeto al medio ambiente y al ecosistema”.

En cuanto a la configuración del delito de prevaricación urbanística, la resolución recuerda que

“se trata de una figura penal que constituye un delito especial propio, en cuanto solamente puede ser cometido por los funcionarios públicos (artículo 24 CP) y cuyo bien jurídico protegido no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración pública, en cuanto debe estar dirigida a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (artículos 9.1 y 103 CE), de modo que se respete la exigencia constitucional de garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE). Y, además, ha de haberse dictado la resolución administrativa que sea contraria a las normas en materia de ordenación del territorio o urbanística vigente. Con la regulación y aplicación de este delito de prevaricación especial, urbanística, como con el delito general del artículo 404 del Código Penal, no se pretende sustituir a la jurisdicción administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, por la jurisdicción penal, sino sancionar supuestos límite, en los que la actuación administrativa no solo es ilegal, sino además injusta y arbitraria. Ello implica, sin duda su contradicción con el Derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado la resolución sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder”.

2. DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE

En el periodo temporal de referencia de esta crónica son pocas las sentencias recaídas en materia de delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Por esta razón se ha ampliado el periodo de la crónica, incluyendo sentencias que no se encontraban todavía disponibles en las bases de datos al cierre de la crónica anterior y que incorporan algún elemento interpretativo novedoso.

La primera de las resoluciones a destacar es la STS núm. 320/2022, de 30 de marzo. Esta sentencia es especialmente relevante en la medida que viene a resolver el problema de la aplicación de las circunstancias agravantes del artículo 327 CP a los artículos 325 y 326 CP, puesta en duda como consecuencia de un error de técnica legislativa en la reforma penal de 2015.

En crónicas anteriores se ha señalado cómo los tribunales han considerado inaplicable la circunstancia agravante del artículo 327 b) del CP (haber desobedecido las órdenes expresas de la autoridad), por exigencias del principio de legalidad. Como ya recordamos entonces, la reforma de 2015 reubicó en el artículo 327 CP las agravantes específicas. Como subrayamos, el vigente artículo 327 CP es expresión del mal quehacer legislativo. La reubicación sistemática del antiguo artículo 326 CP y del contenido del antiguo artículo 328.7 CP en el vigente artículo 327 CP y la inclusión de una referencia a los tres artículos anteriores al inicio del precepto, no fue debidamente acompañada de una adecuada revisión del redactado de todo el artículo, que con anterioridad a la reforma de 2015 se refería exclusivamente al artículo anterior (325 CP). Como consecuencia de ello, el artículo 327 CP incorpora una absurda contradicción (referencia primero a los tres artículos anteriores y, seguidamente, únicamente a las conductas del artículo anterior) que debería ser enmendada por el legislador. Cabía pensar entonces, que hasta que la corrección formal no se produjera, el error sería matizado por la jurisprudencia a la primera oportunidad, puesto que la inclusión expresa de una referencia a los tres artículos anteriores en el precepto, evidencia la voluntad legislativa y el carácter de mero error de la no adecuación de la segunda referencia únicamente al artículo anterior. Pero no fue así. Aun reconociendo la defectuosa redacción del artículo 327 CP, la jurisprudencia rechazó la posibilidad de aplicar las circunstancias agravantes del

artículo 327 CP con relación a las conductas de los artículos 325 y 326 CP, considerándolas únicamente aplicables al artículo 326 bis CP, pues lo contrario vulneraría el principio de legalidad al “resultar contra ley escrita”.

La STS núm. 320/2022, de 30 de marzo, aquí comentada, cambia por fin este criterio interpretativo. En primer lugar, la sentencia analiza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional sobre el sentido y alcance de la interpretación judicial de la norma penal. Tras un pormenorizado análisis, la sentencia afirma:

“Los condicionantes sustanciales y metodológicos de la interpretación judicial de la norma penal, de conformidad tanto a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como del Tribunal Constitucional, exigen, a modo de rápido resumen: primero, la evitación de toda analogía creadora de la norma; segundo, la coherencia del resultado interpretativo con el núcleo de la prohibición; tercero, su razonable previsibilidad; cuarto, el respeto a pautas valorativas conformes con los principios constitucionales; quinto, la utilización de un modelo de argumentación compartido, no extravagante”.

Con base en ello, el TS llega a la conclusión de “que es posible, mediante un método interpretativo respetuoso con el principio de taxatividad, superar el componente incongruente de la norma que fija el ámbito objetivo de la agravación contenida en el artículo 327 CP”.

Por su relevancia, es interesante reproducir literalmente la argumentación de la sentencia:

“El mantenimiento, a modo de inciso, de la fórmula originaria ‘hechos descritos en el artículo anterior’, en clara contradicción literal con el propio tenor de la norma reformada en 2015, no permite identificar una ruptura consciente del sentido final y contextual de la propia regulación. Presumir que el legislador ha querido regular una cosa y la contraria convertiría a la norma en absolutamente inaplicable por irracional. Lo que colisionaría con un principio general de la interpretación normativa que obliga a los jueces a no presumir la irracionalidad del legislador democrático, como garantía del mandato de sumisión. Lo que permite, precisamente, la corrección interpretativa del simple, manifiesto e irreductible error si ello no implica

atribuir a la ley un sentido diferente al que el legislador quiso darle. Por tanto, mantener la conexión aplicativa entre los artículos 327 y 325, ambos, CP, no supone extender el ámbito de aplicación del segundo más allá de lo que el legislador racional dispuso y debe presumirse, en base a buenas razones, que sigue disponiendo. No se extiende, por tanto, el efecto agravatorio a un supuesto no previsto. No se crea otro espacio de prohibición 'praeter legem'. Romper la conexión solo sería posible si el propio legislador hubiera adoptado una nueva decisión valorativa lo que parece evidente que no ha hecho. La voluntad no modificada del legislador debe seguir ocupando, por tanto, un papel decisivo en la interpretación lógica y teleológica de la norma penal pues ello coadyuva también a preservar los valores constitucionales de la seguridad y de la previsibilidad social de los espacios de prohibición y, con ellos, a garantizar el derecho a la libertad de los ciudadanos. Mantener la conexión entre las conductas del artículo 325 CP y las circunstancias de agravación del artículo 327 CP respeta, además, el núcleo y el sentido de la prohibición. Y no parece que pueda ser calificada de consecuencia imprevisible atendidas, precisamente, las intervenciones sucesivas del legislador. Por tanto, si no hay riesgo de analogía creadora 'in malam parte', la cuestión se traslada al ámbito de la interpretación correcta de la norma. Que será siempre compatible con fórmulas que amplíen o restrinjan el sentido literal inmediato de la norma cuando se busque, precisamente, su sentido razonable.- Lo que en el caso se traduce en interpretar que el inciso " hechos descritos en el artículo anterior ", por responder a un simple error de composición, no afecta al ámbito aplicativo de la nueva norma que se precisa en el arranque del tipo y que se refiere a los " a los tres artículos anteriores ". El "efecto alusión" derivado del tenor literal de la norma contenida en el artículo 327 CP, tomando en cuenta los fines de protección y el contexto de la sucesión normativa, permite, insistimos, preservar la conexión valorativa y aplicativa entre los artículos 327 y 325, ambos, CP sin infringir el principio de taxatividad".

Posteriormente, la STS núm. 682/2022, de 6 de julio, acoge también esta línea jurisprudencial en relación con el artículo 327 CP, además de reiterar otros criterios interpretativos ya muy consolidados, como puede ser la consideración del artículo 325 CP como un delito de peligro hipotético, también denominado de peligro abstracto-concreto, de peligro potencial o delito de aptitud.

En otro orden de consideraciones, la STS núm. 320/2022 también es destacable por ofrecer un criterio interpretativo con relación a un elemento típico del artículo 325 CP todavía poco analizado en sede jurisprudencial: que las conductas resulten idóneas para crear un riesgo para el bien jurídico protegido “por si mismas o conjuntamente”. Así, la Sala considera que la estructura típica “no exige estanquear o individualizar distintas acciones típicas, a modo de delitos cumulativos, que respondan o aprovechen un plan preconcebido y que obligue, por ello, a su tratamiento normativo unitario mediante la figura del delito continuado. En puridad, la acción se concibe, también, como permanente, a lo largo del tiempo de comisión. Por lo que es la unicidad material de las conductas conjuntas la que les dota de idoneidad lesiva”. No se exige, por consiguiente, que cada acción sea por sí misma idónea para producir el resultado de peligro prohibido.

En el ámbito de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales pueden destacarse dos resoluciones.

LA SAP de Madrid (Sección 3ª) núm. 262/2022, de 26 de mayo, se refiere a un caso de contaminación acústica generada por una discoteca, con grave afectación de la salud de los vecinos. Con base en la caracterización del artículo 325 CP como de peligro hipotético y sobre la base de la reiteradísima jurisprudencia acerca del potencial lesivo del ruido para la salud de las personas, la Sala declara la concurrencia del delito en su modalidad de riesgo para la salud de las personas, recordando que

“la adopción por parte de la empresa de las medidas correctoras acordadas en las resoluciones correspondientes, en nada obsta ni a la tipicidad de la conducta, ni a la responsabilidad de los acusados, puesto que la Ordenanza y el Decreto no establecen un determinado aislamiento, sino la obligación de no transmitir al exterior o a los inmuebles colindantes, niveles de ruido superiores a los permitidos en cada caso”.

A la hora de individualizar las penas a imponer a los acusados, la Sala estima que ha de estarse, en primer lugar, a la interpretación actual de la jurisprudencia respecto al sentido de 2º párrafo del punto 2 del artículo 325 del Código Penal, establecida en la STS núm. 207/2021, de 8 de marzo. Como ya señalamos en

las tres últimas crónicas, la Sala consideró entonces que la creación de un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas no es un tipo hiperagravado que exaspere la pena impuesta en el artículo 325.2 del CP a aquellas conductas que “...pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”. Por el contrario, estimó que la generación de un riesgo grave para la salud de las personas representa un tipo autónomo que añade un potencial peligro a la estructura del tipo básico que, por su propia naturaleza, agrava la respuesta penal definida en el artículo 325.1 del CP. En consecuencia, la pena a imponer en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado, es la pena de prisión de 6 meses a 2 años (artículo 325.1), no la de 2 a 5 años (artículo 325.2).

La SAP de Almería (Sección 2ª) núm. 178/2022, de 10 mayo, condena a los dos administradores de una empresa dedicada a la extracción de áridos y elaboración de hormigones, así como a la propia empresa, por un delito del artículo 325 CP. Queda acreditado en los hechos probados que de las actuaciones (en su mayoría no autorizables) de la empresa resultaron graves afectaciones para la flora y la fauna, así como para la calidad del aire, del suelo y de las aguas (todas ellas descritas con detalle). Aquello que cabe destacar de esta sentencia es la no apreciación del tipo cualificado, por no considerar acreditada la existencia de un peligro grave para el equilibrio de los sistemas naturales. Ello no merecería ningún comentario particular si no fuera porque la propia sentencia sí considera acreditada la irreversibilidad de los daños causados. En la argumentación se aprecia, además, cierta confusión acerca del resultado exigido por el tipo cualificado, pues llega a afirmar que “dicho tipo penal exige que con la actuación llevada a cabo se perjudique gravemente el equilibrio de los sistemas naturales” cuando, en realidad, se trata de un tipo de peligro hipotético.

3. DELITOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LA FLORA, LA FAUNA Y LOS ANIMALES DOMÉSTICOS

En relación con la jurisprudencia emanada durante el periodo de referencia en relación con los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos, revisaremos las sentencias dictadas por los Tribunales siguiendo el orden en el que se hallan previstos los diversos tipos penales en el Código penal.

En este sentido, iniciamos el análisis aludiendo a la SAP Barcelona núm. 367/2022, de 1 de junio, en la que se plantea la aplicación del artículo 334 CP a un individuo a quien se acusa de poner a la venta un ejemplar disecado de tortuga. El ejemplar fue identificado por agentes rurales como una tortuga verde perteneciente a una especie protegida y en peligro de extinción (*Chelonia mydas*). En su análisis del tipo objetivo del precepto el Tribunal reconoce que la configuración del tipo requiere acudir a la normativa administrativa (RD Legislativo 2/2008 de 15 de abril) que, en su artículo 44.3 considera como infracción grave la venta, tenencia, tráfico y comercio, etc. de animales declarados protegidos por tratado y convenios internacionales vigentes en España, lo que lleva al tribunal a admitir que, desde esta perspectiva objetiva, la conducta del acusado podría encajar tanto en el tipo penal como en la infracción administrativa. Sin embargo, el análisis del Tribunal se reconduce entonces al análisis del tipo subjetivo. Y en este punto la Sala reprocha al Juez de instancia no haber entrado a valorar aquellas cuestiones planteadas por la propia defensa del acusado y que atienden al tipo subjetivo, entre las cuales, el conocimiento que pudiera tener el acusado respecto a la naturaleza de la tortuga, su protección, la prohibición de venta, la eventual autorización para la venta, etc. La falta de examen de estas cuestiones condujo a que el juez ni tan siquiera se planteara si la condena debía atender a lo previsto en el apartado primero del artículo 334 CP (modalidad dolosa) o al apartado tercero (modalidad imprudente) o la posible concurrencia de un error de prohibición. El reproche que efectúa la Audiencia se extiende al propio Ministerio Fiscal, por no haber interpuesto un recurso de apelación en base a la incongruencia entre los hechos probados y la condena. Por todo ello, la Sala estima el recurso de apelación y acuerda la libre absolución del acusado.

En cuanto a la Jurisprudencia en torno al artículo 335 CP, resulta de especial interés la STS núm. 612/2022, de 22 de junio, en la que el Pleno del Alto Tribunal mantiene el fallo condenatorio para los dos sujetos que, según el relato de hechos probados, fueron detenidos en coto privado de caza sin autorización del titular de ese derecho. Nos referiremos en primer lugar al contenido de la sentencia que acoge el parecer de la mayoría de los magistrados del Pleno, sin perjuicio que, a continuación, atendamos también a la argumentación contenida

en el voto particular que firman otros tres magistrados, dado su elevado interés y el rigor y la consistencia de la argumentación empleada.

En lo que atañe a la sentencia mayoritaria, la resolución acoge algunos de los argumentos de la STS 570/2020 de 3 de noviembre y así, admite el carácter de norma penal en blanco del artículo 335 CP y reconoce que el bien jurídico protegido no puede ser de forma exclusiva la protección de un coto privado de caza, porque con ello se privatizaría la causa de la sanción del delito. Además, siguiendo la doctrina especializada admite que

“la caza es todo lo que se hace antes y después de la muerte del animal, con lo que no es preciso que se consiga cazar, ya que la actividad de caza es también la descrita en los hechos probados con la ejecución de actividad en terreno privado sin autorización del titular del terreno que es ‘coto privado de caza mayor’ (...) El terreno donde se interviene a los recurrentes con todo el material e instrumental de caza y en esa actividad específica, que no exige que hubieran matado “todavía” a un animal es cinegético y coto privado de caza, encontrándose realizando esa actividad sin ser autorizada por el titular del terreno, ya que de contar con esa autorización no sería típico el hecho.”

Estas consideraciones llevan a la Sala a mantener la condena a los acusados.

Por su parte, el voto particular alerta sobre algunas cuestiones especialmente interesantes. En primer lugar, estando frente a un tipo penal en blanco, la conceptualización de lo que deba entenderse por “terreno sometido a régimen cinegético especial” debería hacerse acudiendo a la legislación nacional (Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza, y no a la propia de la Comunidad extremeña. En segundo lugar, en cuanto al bien jurídico protegido, se plantea que sin que se discuta que el bien jurídico protegido en los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna es la biodiversidad, en el delito de furtivismo del artículo 335.2 CP, en el que se sanciona la caza de especies no protegidas en un coto privado (terreno cinegético especial) y sin autorización del titular, el bien jurídico protegido

“no es la fauna, sino el aprovechamiento económico o cinegético que corresponde en exclusiva a los particulares o a las entidades públicas que sean titulares de un coto de caza. Lo que se protege son los intereses

económicos del titular del coto, pues si los animales son cazados por los furtivos, no podrán ser base de explotación por el titular del coto. Es precisamente esa naturaleza la que justifica que el artículo 335.2 del Código Penal únicamente sancione la caza de animales no protegidos, pues sólo sobre estos puede predicarse que los titulares del coto tienen un derecho de explotación que pueda resultar perjudicado. Y es precisamente esa diferente naturaleza del bien jurídico la que posibilita también que la punición de la conducta del artículo 335.2 no entrañe un *bis in idem* respecto a otros tipos penales, pudiendo entrar en concurso real con el artículo 335.1 del Código Penal tal y como el precepto señala.”

En tercer lugar, en cuanto a la configuración del delito como delito de peligro o de resultado, los firmantes del voto particular rechazan la tesis de la sentencia mayoritaria que defiende la configuración como delito de peligro. Para ello argumentan que, aun cuando el ordenamiento administrativo define la acción de cazar a efectos de fijar el espacio de regulación administrativa, especificando que el ámbito de reglamentación de la actividad cinegética abarca la utilización de los medios o los instrumentos apropiados para buscar piezas de caza con la finalidad posterior de darles muerte o de facilitar su captura (el ojeo con o sin perro), el derecho penal no puede trasladar el objeto de protección a un momento tan anticipado del comportamiento. Precisamente la sumisión al principio de subsidiariedad y su restricción a los supuestos de ataque más grave a los bienes jurídicos requiere que el tipo penal se configure como delito de resultado, y limitado a los casos que presenten una efectiva y material lesión del bien jurídico, habiendo logrado el sujeto activo dar muerte o capturar algún ejemplar. Para ello los magistrados acuden a la Directiva 2008/99/CE relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal entendiendo que

“el criterio de persecución penal que es compartido en todo el territorio de la Unión, se sitúa precisamente en el punto más alejado del que aquí se discute, puesto que aquí analizamos la punibilidad que merece una actividad: que no ha llegado a causar la muerte o captura de ningún ejemplar; que se proyecta además sobre especies no protegidas; que se desarrolla en condiciones de acción que son legalmente válidas; e incluso que se realiza en supuestos en los que otros sujetos están plenamente autorizados para realizar la actividad sin controles añadidos.”

Asimismo, se remite a jurisprudencia del TS que ha admitido el carácter de delito de resultado. Y finalmente todavía a otros elementos que apuntan a esta misma conclusión como el relativo a que

“mientras que la protección de la biodiversidad entraña la protección de un interés colectivo de rango constitucional y puede justificar el adelanto de la protección penal y la preservación de cualquier riesgo a la fauna y al medioambiente desde los momentos iniciales del comportamiento lesivo, no acontece lo mismo cuando lo que se protege es el derecho del titular de un coto de caza a abatir en exclusiva los ejemplares que se encuentre en su territorio.”

Y añade todavía

“que la conducta típica solo pueda perpetrarse sobre especies no protegidas de fauna silvestre y que las especies protegidas queden fuera del ámbito de protección del bien jurídico, no sólo introduce un problema probatorio, sino que supone que la concreción de la antijuricidad de la acción sólo pueda evaluarse a partir de un resultado específico”.

De hecho, en el presente supuesto el relato fáctico ni siquiera recoge que los acusados dirigieran la acción de cazar a la captura de especies no protegidas no apareciendo por ello todos los elementos del tipo penal que determinan la sanción, dado que el furtivismo sobre especies protegidas no es subsumible en el tipo penal de aplicación y queda limitado a las previsiones sancionadoras del artículo 334 del Código Penal.

Otra de las resoluciones vertidas en el periodo de estudio de esta crónica en relación con el artículo 335 CP es la SAP Pontevedra núm. 144/2022, de 20 de mayo, por la que se desestima el recurso interpuesto por dos individuos condenados por actividades de marisqueo, siendo que no contaban con los permisos necesarios para la actividad y que efectuaron repetidamente en zona sometida a régimen cinegético especial sin contar con permiso del titular. El punto de interés de la resolución recae en la valoración relativa al elemento relativo a la relevancia de las actividades de marisqueo previsto en el segundo apartado del tipo penal analizado. El Tribunal valora como indicios o criterios

orientativos para apreciar la concurrencia de actividades de marisqueo relevantes: “la reiteración de la infracción, las circunstancias de tiempo y lugar, el número de unidades de las especies aprehendidas, las características particulares y concretas de éstas, etc.”. Con ello la Sala acepta la conclusión alcanzada por la magistrada ‘a quo’ cuando toma en consideración que los recurrentes fueron sorprendidos en ocho días diferentes, en posesión de diversas cantidades de marisco que tenían en su poder o que habían previamente escondido y que superaban con creces la captura de 5 kilogramos por persona y día de almeja japónica que la Consellería del Mar de la Xunta de Galicia había dispuesto en la Orden vigente en el momento de los hechos.

En cuanto a las sentencias entorno al artículo 336 CP destaca la SAP Cáceres núm. 234/2022, de 16 de setiembre, que estima el recurso interpuesto por los acusados quienes, según el relato de hechos probados, colocaron con la finalidad de dar muerte indiscriminada a los depredadores terrestres que amenazaban, tanto a las piezas de caza como al ganado asentado en el terreno, tres trampas jaula, de importantes dimensiones y, por lo tanto, apreciables y advertibles a simple vista por el ojo humano, dos de ellas activadas con cebos en su interior y con la puerta elevada, y dos tubos cilíndricos de cemento, con un lazo de acero en el extremo de cada uno y uno de ellos con un hueso a modo de cebo en su interior. Efectivos del Seprona de la Guardia Civil encontraron en distintos emplazamientos de la zona hasta cinco ejemplares de milanos reales, especie incluida en el Catálogo Nacional y en el Catálogo regional de especies en peligro de extinción, con síntomas de haber muerto por envenenamiento, sospecha confirmada tras la práctica de los correspondientes análisis. Para valorar si la colocación de las trampas es susceptible de ser incardinada dentro del ámbito de las conductas punibles recogidas en el artículo 336 del Código Penal, la Audiencia remite a la doctrina contenida en la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2022 , que con cita de la anterior Sentencia del Pleno núm. 562/2020, de 30 de octubre, recuerda que

“la cuestión normativa nuclear que se abordó era la de identificar el umbral de antijuridicidad específicamente penal que reclama una conducta de caza no autorizada para poder ser subsumida en el aludido tipo penal de prohibición del artículo 336, concretamente, si un método no selectivo de

caza o de pesca es lo suficientemente idóneo como para generar un riesgo contra la riqueza animal equiparable al riesgo de destrucción que introduce la caza con explosivos o con veneno a los que expresamente se refiere el tipo. Tal esfuerzo de diferenciación en estos casos resulta siempre indispensable pues, junto al tipo penal del artículo 336 CP, concurren también tipos administrativos sancionatorios que comparten un buen espacio de injusto y, desde luego, de fines de protección.”

Así, acudiendo a la STS del Pleno núm. 562/2020, la SAP entendió que el umbral de antijuridicidad penal debe fijarse en la necesidad de acreditar suficientemente que mediante el uso de los modos o métodos no autorizados se ponga significativamente en peligro la diversidad biológica, ya sea por el efecto destructivo de especies que comporte o por su equivalente efecto no selectivo: “(...) para que pueda concluirse que hay un riesgo potencial para la fauna equivalente al descontrol lesivo que, de manera abstracta, se atribuye al veneno o a los explosivos, es necesario identificar en la actuación un marcado riesgo de poder perjudicar, de un modo equiparable, a la biodiversidad en que se introduce”. El “plus de idoneidad” para generar la lesión del bien jurídico protegido reside, por tanto, en “ la capacidad intrínseca de generar un contexto de caza o de pesca presidido por la ausencia de control sobre el objeto que puede resultar afectado o sobre la extensión de sus efectos”. La aplicación de estos argumentos al caso concreto lleva a la Audiencia a considerar que

“la hora de valorar si tales métodos de caza no selectiva, por cuanto cualquier animal podría verse atrapado mediante estos artificios, aparece dotado de potencial eficacia para afectar a la biodiversidad, consideramos debe distinguirse entre unos y otros procedimientos pues si bien las jaulas permiten la captura de eventuales presas, por sí mismas no llevan consigo necesariamente la muerte de estas, toda vez que el cazador tiene la posibilidad de devolverlas a la naturaleza (...) No podemos decir lo mismo respecto de los tubos cilíndricos provistos de un lazo metálico. Además de no hacer distinción de las piezas que podrían ser capturadas con este método (principalmente pequeños animales como mustélidos, zorros, roedores, etc., que comprenden también algunos especialmente protegidos), nos encontramos ante un sistema que termina dejando atrapada a su presa con

grave riesgo para su integridad, y por tanto con una potencialidad lesiva evidente.”

Ello lleva a la Audiencia a concluir que la tipicidad de la conducta alcanza únicamente la utilización de los tubos cilíndricos y tal restricción de las conductas consideradas típicas comporta también, en el caso concreto, que se rechace la apreciación de la continuidad delictiva, pues el tribunal admite que la colocación de los cilindros pudo responder a una única acción.

La SAP Castellón núm. 257/2022, de 19 de julio, resuelve un nuevo caso de caza de aves mediante el método del “parany”. En el caso analizado, los agentes hallaron dos aves en la trampa: un zorzal y un ave fingílido (curruca capirotada) que es una especie incluida en el LESPRES (RD 139/1 de 4 de febrero: Listado de Especies Silvestres de Protección Especial) con régimen de protección especial como especie amenazada. La Audiencia de Castellón considera que la referencia a los instrumentos o artes de similar eficacia “no selectiva” para la fauna que contempla el artículo 336 se acomoda a los términos empleados en el ámbito administrativo, en concreto en la Ley 42/2007, cuyo artículo 62.3.a) prohíbe “la tenencia, utilización y comercialización de todos los procedimientos masivos o no selectivos para la captura o muerte de animales” y cuyo Anexo VII contiene un listado de los medios masivos o no selectivos que se encuentran prohibidos entre los cuales encontramos las “ligas” a las que se asimila el método de caza denominado “parany”. Ahora bien, como señala la resolución,

“el hecho de que determinados medios o instrumentos sean prohibidos por la normativa administrativa en modo alguno vincula ni trasciende al orden penal, pues la mencionada cláusula no se configura como una norma penal en blanco que debemos integrar con la normativa administrativa, sino que nos encontramos ante un elemento del tipo cuya interpretación, necesariamente estricta, precisa la búsqueda de estrictas razones de analogía en los mismos términos de “eficacia no selectiva” para la fauna, pues la “similar eficacia destructiva” al veneno o los explosivos ya ha sido rechazada con anterioridad por la jurisprudencia menor.” Así, la Audiencia concluye que el método de caza del “parany”, se integra en la conducta típica prevista en el artículo 336 por cuanto debe ser considerado un arte de

caza de similares efectos no selectivos a los producidos por el veneno o los explosivos.”

Finalmente, en lo que atañe a los delitos de maltrato animal, la SAP Zaragoza núm. 272/2022, de 24 de junio confirma la condena por el artículo 337.1 CP a los acusados que durante un mes no facilitaron alimentos ni líquidos ni atención sanitaria a un caballo que sufrió de inanición. El tribunal rechaza la apreciación de la atenuante de reparación como muy cualificado por cuanto el comportamiento reparador del acusado no fue espontáneo sino supervisado por la Guardia Civil. Finalmente, la SAP Lugo núm. 61/2022, de 8 de julio, castiga con una pena de multa por infracción del artículo 337.4 CP a la propietaria de una perra a la que tenía atada en condiciones insalubres y con un collar que le oprimía la cavidad abdominal y que podía ocasionarle, al encontrarse en estado de gestación, un riesgo vital para el animal gestante o la camada.